

前言

小奧利弗·溫德爾·霍姆斯 (Oliver Wendell Holmes Jr., 1841 年 3 月 8 日–1935 年 3 月 6 日)，是美國法學家，1902–1932 年擔任美國最高法院大法官。¹ 他以簡潔精闢的司法意見和懷疑一切的態度聞名於世，是美國最高法院歷史上被引用最多的大法官之一，尤其是對公民自由和美國憲政民主的意見；也是美國普通法傳統中最有影響的法官之一。霍姆斯以 90 歲高齡退休，也創下了美國聯邦最高法院最年長法官的無敵紀錄。

霍姆斯在漫長的職業生涯中，贏得了幾代法律人的愛戴和欽佩。他把自己的同事都稱為「弟兄」(brethren)。當他從最高法院辭職時，他的「弟兄們」給他寫了一封由大家聯署的信，信的部分內容是這樣說的：「我的朋友，您淵博的學識和哲學在司法意見中得到了充分體現，而這些意見已成為經典，豐富了法律文獻及其內容……，雖然我們失去了日常陪伴您的特權，但關於您始終如一的仁慈和慷慨的天性的最珍貴的記憶與我們同在，這些記憶將永遠是本院最寶貴的傳統之一。」²

但同時，霍姆斯又是一位頗具爭議的人物。他的法律理論經常被稱之為沒有道德的利益至上主義。首席大法官塔夫脫 (William Howard Taft, 1857–1930) 曾抱怨說：「他的意見很短，而且幫助不大。」喬治華盛頓大學法學教授傑弗里·羅森 (Jeffrey A. Rosen) 這樣總結霍姆斯

的觀點：「霍姆斯是一個冷酷無情、見利忘義之人，他蔑視大眾，蔑視他曾投票支持的進步法律。」³

霍姆斯的學術生涯並不算長。1864年秋天，他進入哈佛大學法學院。具有諷刺意味的是，他沒有任何明確的使命感。他甚至考慮過從醫，但被他父親反對。他在不同的場合說，「總督（指他父親）……給我上了螺絲釘，讓我去法學院」，或者說是把他「踢」進了法學院。霍姆斯在法學院的經歷很不愉快。他發現在沒有靈感的課程中所呈現的法律傳統是停滯不前的，而且是以狹隘的先例為中心的。而法律的科學、哲學或歷史往往被輕視了。⁴

1866年法學院畢業後，他進行了常規的出國「朝聖之旅」，訪問了英國、法國和瑞士，結識了各種傑出人士。1867年，他獲得了律師資格，並作為幾家事務所的成員從事法律工作15年。1870–1873年，他擔任《美國法律評論》（*American Law Review*）的編輯。他編輯了大法官詹姆斯·肯特（James Kent, 1763–1847）的經典調查《美國法釋義》（*Commentaries on American Law*, 1873）第12版。1882年1月，在布蘭代斯的努力下，霍姆斯被任命為哈佛大學法學院為他設立的韋爾德法學教授（Weld Professor of Law）。但同年12月，他又接受了麻薩諸塞州最高法院的任命。他知道出任法官是他的命運，也最能讓他發揮影響法律發展的職能。也因為此事，哈佛法學院幾位教授對他頗有微詞。

霍姆斯的學術著作其實並不多，他一生寫得最多的是司法判決，計有800多份。⁵其次是演講和書信。學術專著只有《普通法》（*The Common Law*）一書。而最著名的演講是〈法律的道路〉。1880–1881年，霍姆斯應邀在波士頓洛厄爾研究所（Lowell Institute）講授普通法，並從這些演講中發展出《普通法》一書（1881）。霍姆斯在此書中，將他早先關於普通法歷史、英國和美國的司法判決的文章和演講匯集成一個連貫的整體，從一個執業律師的角度對其進行了解釋。他在該書中重申了1880年他在一篇對蘭德爾論合同法的書的評論中所表達的對法律的核心見解：

法律的生命不是邏輯，而是經驗。不管你承認與否，對時代需要的感知、盛行的道德和政治理論、對公共政策的直覺，甚至法官與同胞所共有的偏見，對人們決定是否遵守規則所起的作用都遠遠大於三段論。法律體現了一個國家在許多世紀中的發展歷史，不能把它當作包含在教科書中的公理和推論來對待。⁶

霍姆斯認為，為了知道法律是什麼，我們必須知道它曾經是什麼，以及它傾向於成為什麼。我們必須交替地參考歷史和現有的立法理論。但最困難的工作將是在每一階段將兩者結合成新產品。就其內容而言，法律在任何特定時期的實質內容，幾乎與當時人們所理解的方便的東西相對應；但它的形式和機制，以及它能在多大程度上發揮出預期的效果，則在很大程度上取決於它的過去。

對律師來說，什麼是法律？是法官在特定案件中的所作所為。法律是國家在必要時通過暴力強制執行的東西。法官決定在何時何地動用國家武力，而現代世界的法官在決定懲罰何種行為時，往往會參考事實和後果。在這裡，霍姆斯和奧斯汀一樣，作為士兵的經歷在有形無形地影響著他們對法律的看法。法官的決定，隨著時間的推移，決定了所有人都受其約束的行為規則、法律義務。法官沒有也不應該參考任何外在的道德體系，當然也不應該參考神所強加的體系。

自1881年以來，《普通法》一直在不斷印刷，至今仍然是對法學的重要貢獻。霍姆斯在其最早的著作中確立了一個終生的信念，即法官的決定是自覺或不自覺地以結果為導向的，反映了法官所來自的階級和社會不斷發展的風氣。霍姆斯據此認為，法律規則不是通過形式邏輯推導出來的，而是從人類自我管理的積極過程中產生的。他的哲學代表了對當時主流法學的背離。主流哲學即認為法律是一個有序的規則體系，而從這個體系中可以推導出特定案件的判決的法律形式主義。霍姆斯試圖有意識地重塑普通法，將普通法現代化，使之成為適應現代生活變化的工具。因此，他被歸入哲學實用主義者之列。

霍姆斯認為，在憲法規定的範圍內，人民有權通過他們選出的代表選擇制定任何法律，無論好壞。他指出，「明確而現實的危險」這一概念是限制言論自由的唯一依據。「檢驗真理的最好標準是思想在市場競爭中使自己被接受的能力……，這無論如何都是我們憲法的理論。」又說「如果說憲法中有任何一項原則比任何其他原則更需要我們去堅持的話，那就是思想自由的原則……不是那些同意我們的人的思想自由，而是我們討厭的思想的自由。」⁷

霍姆斯的法律思想開創美國本土法律理論傳統之先河，自成一體，獨具特色，影響深遠。這當然與實用主義哲學的誕生有直接的關係。實用主義哲學作為一門新學在美國問世後，使得美國人在哲學理論上得到了提升。18、19世紀時美國被看作是蠻荒之地。其最初的司法官員一般由神職人員兼任。而法律法規都是從英國、歐洲借鑒而來。事實上，整個文化，包括哲學、文學等都是直接來源於歐洲。直到馬克·吐溫、惠特曼等優秀作家出現後，美國才有了自己的民族文學。同一時期美國的哲學界、文學界才開始逐漸地形成所謂的「美國精神」。實用主義對美國來說是非常重要的哲學，但是後來因為產生了邏輯實用主義、語言分析哲學，以及各個學科融合後產生的解釋學、系統學以後，實用主義慢慢被人遺忘，直到20世紀末的復蘇。

有人認為，百年來的現代法哲學乃發端於霍姆斯的名文〈法律的道路〉。⁸百年以後的今天，歲月的流逝並未使其思想的魅力有所減少。⁹他的判例影響了後來的美國法律思想，包括支持羅斯福新政的司法共識，以及具有影響力的法律實用主義、批判性法律研究、法律與經濟學等學派。《法律研究雜誌》(*The Journal of Legal Studies*)將霍姆斯確定為20世紀被引用次數第三多的美國法律學者。¹⁰

無論如何，霍姆斯是一個接地氣的人。霍姆斯對自己似乎有很清醒的看法。他有一句話很經典：「年輕人啊，我成功的秘訣在於我很早的時候就發現我不是上帝」。¹¹據說他曾說：「感謝上帝，我是一個品味低下的人」。¹²他在〈法律的道路〉中寫道，「我們不可能人人都是

笛卡爾或康德，但我們都想要幸福。而幸福，據我對許多成功人士的了解，我確信僅僅靠做大公司的顧問和5萬美元的收入是無法贏得的。一個足以贏得幸福這個大獎的聰明人，除了成功之外，還需要其他食糧。法律之所以會引起普遍關注乃是由於它更為深遠、更為普遍的層面。正是通過它們，你不僅能在你的職業中成為大師，而且將你的追求與宇宙連為一體，捕捉到無窮無盡的回聲，一瞥其深不可測的進程，而得普遍法之一斑。」¹³

霍姆斯的思想在中國的遭遇頗具戲劇性。20世紀30、40年代吳經熊等人以十分敬畏的心情將霍姆斯的一些著作譯介紹給中國學界。那時，中國學界對西方學界的理論抱有非常敬仰的態度。霍姆斯、斯坦姆勒、龐德等人的理論被奉為經典，一時間成為頂禮膜拜的對象。中華人民共和國建國以後，政治領導層於1950年代在中國法學界發起了一場批判國民黨「舊理論」的運動。批判的對象包括西方憲政主義、三權分立理論、司法自由裁量權、無罪推定等。許多學者把批評的重點放在美國實用主義法律理論上，因為他們把實用主義與國民黨的法律哲學聯繫在一起。而且，實用主義在當時被馬克思主義批評家認為是資產階級法律理論中最反動的代表。在反對「舊理論」的運動中，成為批判對象的學者有霍姆斯、龐德，以及將實用主義引入中國知識界的胡適。1978年以來，事情又發生了意想不到的變化。隨著中國的改革開放，以及重新認識西方學界和學者的需要，霍姆斯等人的思想再次引起了中國學者的興趣。而這一次的認識也達到了新的高度。從本書的附錄可以看出，近年來出版的研究霍姆斯的中文文章已經有相當可觀的數量。而且，從質量上看，這些文章已不像以前一味地鼓吹，或者不加分辨地批判，而是以一種相對客觀的態度來認識霍姆斯及其思想。

應該指出的是，儘管中國學者對霍姆斯的研究已經取得了一定的成果，這些成果大體上仍然停留在譯介的階段。澳門大學在2020年舉行兩次小型學術會議，一次於2020年1月8-9日在澳門大學召開，另一次則於2020年7月13-14日線上召開。會議的主題是「中國學者

論霍姆斯與百年中西法學」，旨在探討百多年來霍姆斯大法官頗具爭議的法律思想和理論對中西方學者及法律思想的影響。我們把這兩次會議的成果結集成這本文集，在一定意義上正是為了把霍姆斯的研究提升到一個更高的層次，即從譯介走向研究的台階。



本書分為四部：第一部為霍姆斯法律思想的理論來源；第二部為霍姆斯法律思想的主題；第三部為霍姆斯法律思想的比較研究；第四部為霍姆斯對新實用主義法學的影響。

第一部收入的文章有明輝〈霍姆斯法律思想的生成與漸變（1864–1902）〉。該文指出，作為美國法律史上一位里程碑式的人物，霍姆斯大法官的司法意見、法律觀念及其相關思考對美國法律思想的塑造與發展產生了深刻的影響；而作為一位人生經歷極富傳奇色彩的人物，霍姆斯法律思想的形成與發展也是一個受諸多因素影響的漸進過程的產物。除了其晚期法律思想的最終成熟之外，霍姆斯早期法律思想的生成也不容忽視，大體上可以分成三個階段：（1）法律知識的學習積累（1864–1880）；（2）法律理論的初步總結（1881–1882）；以及（3）法律思想的漸次轉變（1883–1902）。在此一法律思想的生成與轉變過程中，既有智識層面上受到普通法傳統的薰陶與影響，也有司法層面對美國法律現實的洞察與反思，上述階段與諸種因素對霍姆斯大法官法律思想的轉變及最終的成熟均具有至關重要的意義。

史大曉〈歷史觀念與法律：霍姆斯的經驗〉指出，在既有的對霍姆斯的研究中，從歷史角度對霍姆斯進行研究的文獻並不豐富。該文以19世紀這樣一個「歷史的世紀」為背景，刻畫了霍姆斯和歷史相互成就的一面，也描述了霍姆斯思想中消解歷史的因素。文章進而以霍姆斯為例，探討了歷史與法律之間的重要關聯，指出在當今複雜的世界情勢下尤其需要加強某種普遍的歷史觀念。

第二部收有於興中〈霍姆斯論科學與法律〉、邱昭繼〈霍姆斯的法律預測論與美國法律現實主義的發展〉、翟小波〈霍姆斯的憲法觀

點》，以及蘇基朗和蘇壽富美〈叢林憲法權利觀：從霍姆斯到吳經熊的譜系學〉。

於興中的文章嘗試理解霍姆斯筆下的科學可能有什麼含義，即他的「law in science」和「science in law」各自表達的意思。文章指出，這兩個「law」的含義是不同的，前者指規律，而後者則指法律。廓清了霍姆斯關於科學與法律的基本概念以後，文章在第三部分著重指出了幾種可能影響霍姆斯關於科學與法律見解的資源，包括霍姆斯曾參加過的形而上學俱樂部、科學方法在法學研究中的運用，以及社會達爾文主義的影響。值得注意的是，霍姆斯雖然被認為是反（形式）邏輯的，但他並不反對科學方法在法學中的應用。他和蘭德爾分別代表了理性主義的法律科學觀和經驗主義的法律科學觀。霍姆斯在他的著述中透露出一種見解，即普通法本身就是一種科學。本文對此做了簡短的探討。

邱昭繼的文章指出，霍姆斯是美國法律思想史上開拓性的思想家。他有力地回應了那個時代佔據主流地位的自然法學、歷史法學、法律實證主義和法律形式主義，與這些法學流派保持了距離。霍姆斯在美國祭起了反形式主義的大旗。他的法律預測論預示了法律現實主義的產生。「法律的生命從來不是邏輯，而是經驗」成為美國法律界最著名的名言。法律現實主義的社會學之翼與個人習性之翼的分野，源於他們側重霍姆斯所說的經驗的不同方面。社會學之翼強調法官對時代的感知、道德和政治理論，個人習性之翼強調法官的直覺和偏見。布賴恩·萊特試圖用奎因所提倡的「自然主義」哲學為法律現實主義尋找哲學基礎。他認為法律現實主義是一種自然化法學。

翟小波的文章對霍姆斯的憲法觀點作出精到的介紹。這些憲法觀點包括：第一，法律的本質體現在法院對公共力量的決定和運用中，而這種公共力量來自主權者。第二，憲法是為觀點全然不同的人們制定的，是有機的、活的制度；對憲法的解釋不應訴諸某種現成的理論。第三，憲法權利有明確的、不可侵犯的保護核心，這些核心權利

體現了人們為之犧牲的原則；憲法權利也有模糊的邊緣地帶：在這些地帶，立法者有很大的意志形成空間。第四，法院在審查國會立法時要審慎、自制，但法院必須要糾正相關的憲法錯誤，而且要盡快、盡多地解決相關的普遍性、一般性問題。本文對霍姆斯的言論自由理論做了較詳細的介紹。

蘇基朗、蘇壽富美的文章從文本分析和實證的進路，集中分析了霍姆斯晚年對自然法的批判，以及他的理念被吳經熊繼受的過程。文本方面，集中在兩方面。其一是他最後公開發表的一篇題為〈自然法〉的文章。其二是吳經熊 1928–1936 年間的文章和致霍姆斯書信。目的首先是通過解讀文本，展示霍姆斯反自然法的基調正是叢林心態的社會達爾文主義，並且將之應用於法律，尤其是憲法權利觀，這裡稱之為「叢林憲法權利觀」，從而反映霍姆斯對近代西方天賦人權及自由主義民主憲政主流話語的顛覆性衝擊。其次，通過吳經熊繼受霍姆斯的文本，展示了繼受的具體過程。不特說明霍姆斯跨社會的影響力，而且可以反證本文對霍姆斯〈自然法〉的解讀。

第三部收有王婧〈普通法傳統與社會利益調整：從霍姆斯到龐德〉、張芝梅〈霍姆斯的實用主義與其他法學流派：從法律科學化的視角看〉，以及唐曉晴、勾健穎〈霍姆斯與薩維尼佔有論的歷史意義〉。

王婧的文章指出，19 世紀末 20 世紀初，社會轉型使得美國普通法陷入危機，體現在普通法應對社會變革的機制以及法律至上理念兩個方面，並最終指向法學的科學性問題。霍姆斯開創性地指出，法律應該調整現實的利益衝突而不是關注抽象的邏輯，為此法學研究要區分法律與道德，注重歷史與理論，引入社會科學的研究方法。龐德進一步明確了社會利益的概念，主張以此為媒介實施社會控制，同時指出法律調整社會利益的可能性與限度。龐德堅持普通法的有機變革與法律至上傳統，主張法律人在通過法律實施社會控制過程中佔據主導地位，其觀點有別於霍姆斯。

張芝梅的文章追溯了霍姆斯與美國諸多法學流派的淵源，並且指出，以往的研究更多強調這些法學流派之間的差異以及把霍姆斯歸於哪個流派更合適上。辨析不同流派之間的差異固然重要，但它們之間的聯繫同樣值得關注。這些思想流派和霍姆斯可以通過他們都力圖使「美國的法律和司法更加科學」這一目標聯繫起來。他們的分歧在於對「法律科學應該是什麼樣的」以及「如何使美國的法律和司法更加科學」的認識的不同。這些法學流派的思想是交叉關係。基於這種認識，將霍姆斯歸為哪種主義並不重要，主義之爭也不太重要，重要的是他們為美國法律的科學化貢獻了什麼。

唐曉晴、勾健穎的文章回顧了霍姆斯和薩維尼法律思想的聯繫。作者認為，在19世紀末，霍姆斯對以薩維尼為代表的德國佔有理論發起衝擊，以普通法歷史的視角進行探究，促進了英美法系佔有理論體系的構建，將佔有理論的發展向前推進了一大步。但不可否認的是，現代佔有理論的基礎在於薩維尼將羅馬法以來凌亂的佔有素材整理為較具邏輯的體系，成功地將佔有獨立於所有權之外。霍姆斯與薩維尼均認同佔有的實質既是權利又是義務，但以此為起點，霍姆斯在實用主義的導向下對佔有心素、保護佔有的理由、佔有的取得和維持等核心問題提出了與薩維尼不同的意見。比起批駁薩維尼的佔有理論，更重要的是霍姆斯選擇跳出羅馬法，回歸到普通法的歷史與變化，以構築真正屬於普通法的理論體系。法學需要立足自身所處法域，霍姆斯與薩維尼在各自時代與社會現實的導向下探究佔有理論，最終更是達成了澄清不同法概念、推進實證法體系的意義。

第四部收有蔡琳的〈論塔瑪納哈的現實主義法理論：兼與霍姆斯現實主義法學比較〉和艾佳慧的〈從霍姆斯到波斯納：法律實用主義的推進、局限與偏離〉。

蔡琳的文章探討了塔瑪納哈教授對實用主義法學的貢獻，及其與霍姆斯法律思想的比較。塔瑪納哈教授以一般法理學為研究對象，試圖結合美國實用主義的理論資源回答「法律是什麼」這個重要的法理

學基本問題。文章分為四個部分，分別闡明了塔瑪納哈實用主義的哲學基礎；繼而介紹塔瑪納哈之「一般法理學」的提出與其「一般法理學」的基本理論研究框架；第三部分則介紹與評述塔氏現實主義法理論的內容以及「法律作為一種社會建構」的法概念；最後通過對比塔瑪納哈與霍姆斯的觀點，討論他的現實主義一般性法理學是否可能獲得理論上的成功。

艾佳慧的文章比較了霍姆斯和波斯納法律實用主義的異同，指出了兩者之間的聯繫和差別。霍姆斯的法律實用主義有四個面向：預測理論、反本質主義、道德分離說和法律經驗論。作為後繼者的波斯納在以上四個方面都有理論推進，不僅如此，其更在美國司法實踐的基礎上開創了波斯納牌號的實用主義法理學。不過，從霍姆斯一路演進到波斯納的法律實用主義，有其自身無法迴避的理論局限性和可能的理論斷裂，波斯納的理論推進也在價值理論、法律科學觀和法律經濟學方法論上存在對霍姆斯的嚴重偏離。

以上各篇論文從不同的角度，以不同的風格，探討了霍姆斯法律思想的不同側面，有的側重於抽象理論的概括，有的聚焦於個別概念的分析，有的則著重研究具體問題。合而觀之，這些文章勾勒出霍姆斯法律思想的一個大概輪廓。更重要的是，這些文章也代表了中國學者對霍姆斯法律思想的研究水平和最新見解。霍姆斯之於中國學者並不陌生，早在20世紀初霍姆斯的著述就被介紹進入中國。但是，專題研究霍氏思想的著述尚屬少見。本書在一定意義上為研究霍姆斯的思想、美國法律思想史，乃至法理學史作出了些許貢獻。為了便於讀者進一步了解霍姆斯的法律思想及對其思想的研究情況，本書在正文之後附有三份近年來出版的相關書目。編者非常榮幸地推出這本集合眾人智慧於一時一地一人的專論，與同道中人共享。

編者謹識

2020年1月20日

注釋

- 1 關於霍姆斯的生平、著述及影響，請參閱《大不列顛百科全書》「霍姆斯」詞條 (<https://www.britannica.com/biography/Oliver-Wendell-Holmes-Jr/The-Common-Law>)，或維基百科「霍姆斯」詞條 (https://en.wikipedia.org/wiki/Oliver_Wendell_Holmes_Jr.)。並請參閱 Albert W. Alschuler, *Law Without Values: The Life, Work, and Legacy of Justice Holmes* (Chicago: University of Chicago Press, 2000)；Thomas Healy, *The Great Dissent: How Oliver Wendell Holmes Changed His Mind—and Changed the History of Free Speech in America* (New York: Metropolitan Books, 2013)；Sheldon M. Novick, *Honorable Justice: The Life of Oliver Wendell Holmes* (Boston: Little, Brown and Company, 1989)。
- 2 見前引《大不列顛百科全書》「霍姆斯」詞條。
- 3 Jeffrey Rosen, “Brandeis’s Seat, Kagan’s Responsibility,” *New York Times*, July 2, 2010.
- 4 見前引《大不列顛百科全書》「霍姆斯」詞條。
- 5 見前引維基百科全書「霍姆斯」詞條。
- 6 Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, ed. M. Howe (Boston: Little Brown, [1881] 1963), p. 5. 中文為編者所譯。
- 7 Oliver Wendell Holmes Jr., “Dissenting Opinion,” *United States v. Schwimmer*, Supreme Court of the United States 644 (May 27, 1929): 279.
- 8 Albert Alschuler, “The Descending Trail: Holmes’ Path of the Law One Hundred Years Later,” *Florida Law Review* 49.3 (July 1997): 353.
- 9 比如，2000–2020 年間出版的有關霍姆斯及其法律思想的英文著作就有 40 多部。2020 年 11 月在 HeinOnline 的一次搜尋，搜得過去 10 年關於霍姆斯法律思想的文章有 50 多篇。見書末附錄 3。
- 10 Fred R. Shapiro, “The Most-Cited Legal Scholars,” *The Journal of Legal Studies* 29.S1 (2000): 409–426.
- 11 “Oliver Wendell Holmes, Jr. Quotes,” https://www.brainyquote.com/quotes/oliver_wendell_holmes_jr_385883.
- 12 請參閱前引《大不列顛百科全書》「霍姆斯」詞條。
- 13 Oliver Wendell Holmes Jr., “The Path of the Law,” *Harvard Law Review* 10 (1897): 457, 478; and in *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes*, ed. Richard Posner (Chicago: The University of Chicago Press, 1992), p. 177. 中譯文為編者所譯。